



HAL
open science

Le confinement organique de l'exorbitance

Valentin Lamy

► **To cite this version:**

Valentin Lamy. Le confinement organique de l'exorbitance. *Actualité juridique Droit administratif*, 2021, 7, pp.396. hal-04156156

HAL Id: hal-04156156

<https://hal.science/hal-04156156v1>

Submitted on 7 Jul 2023




HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le confinement organique de l'exorbitance

Nouvelle réduction du périmètre de la qualification jurisprudentielle des contrats administratifs

Valentin Lamy, Docteur en droit, qualifié aux fonctions de maître de conférences, chaire de droit des contrats publics - équipe de droit public de Lyon - Université Jean-Moulin-Lyon-III

Il aura fallu une histoire aixoise pour se rappeler une nouvelle fois que le recours aux critères jurisprudentiels de qualification des contrats administratifs n'est pas l'arlésienne du droit public. Le constat est pourtant régulièrement dressé : le développement des qualifications de contrat administratif par « prédétermination de la loi » (G. Vedel, Remarques sur la notion de clause exorbitante, *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, Sirey, 1956, p. 527) induit mécaniquement une marginalisation des critères jurisprudentiels. La cause est d'autant plus entendue depuis qu'en l'espace de quinze ans, la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF », et l'ordonnance Concessions ont ajouté au cortège de ces prédéterminations les marchés publics et les concessions. De simplement « subsidiaire » (F. Melleray, Précisions sur la notion de clause exorbitante, *Dr. adm.* 2008, n° 5, p. 19), le recours aux critères jurisprudentiels semble se réduire à peau de chagrin. Et avec lui, les emblématiques jurisprudences *Thérond* (CE 4 mars 1910, n° 29373, Lebon ) , *Granits porphyroïdes des Vosges* (CE 31 juill. 1912, n° 30701, Lebon ) ou *Bertin* (CE 20 avr. 1956, n° 98637, Lebon ) - pour ne citer qu'elles - apparaissent comme des ornements un peu dépassés dans le paysage du droit public, plutôt que comme des objets véritablement utiles.

Mais ce serait faire injustice aux critères jurisprudentiels que de sombrer dans pareille facilité, pour deux raisons. La première tient au fait que les critères jurisprudentiels conservent un intérêt pratique évident pour tous ces contrats innommés qui naturellement se développent au gré de la diversification des actions publiques et de la prise en charge de telles activités par des personnes privées dont l'espèce fournit un exemple probant. La seconde raison est liée à l'incontestable valeur heuristique de la mobilisation des critères jurisprudentiels. La façon dont le juge les met en oeuvre a quelque chose à nous dire qui dépasse le cadre étroit de la technique de qualification juridique, qui effleure la conception profonde que se fait le juge, à un moment donné, de la place du contrat administratif comme institution du droit public.

Or, l'observateur averti aura constaté qu'à la suite d'une longue période de relative stabilité - au cours de laquelle le débat portait tantôt sur la primauté de tel ou tel critère (v. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., t. I, LGDJ, 1983, p. 144 et s.), tantôt sur la méthodologie de leur articulation (P. Amslek, La qualification des contrats de l'administration, *AJDA* 1983. 3) - les lignes se sont mises à bouger. Ces mutations vont dans le sens d'un « resserrement de la notion de contrat administratif » (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Notion de contrat administratif : les lignes bougent, *Rev. CMP* 2015, n° 5, p. 1), resserrement dont l'espèce constitue une nouvelle illustration.

Sur les faits, une concession d'aménagement avait été conclue en 2010 entre la communauté d'agglomération du Pays d'Aix et la société publique locale d'aménagement (SPLA) du Pays d'Aix pour la réalisation d'une zone d'aménagement concertée à La Burlière, sur le territoire de la commune de

Trets. Le site, dont l'intérêt archéologique est connu depuis le XIX^e siècle, a fait l'objet, à la demande du préfet, d'un diagnostic archéologique préventif diligenté par l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP). Ces travaux ayant révélé la nécessité de fouilles plus approfondies, un arrêté préfectoral du 27 octobre 2015 a prescrit la réalisation de fouilles archéologiques préventives conformément aux dispositions de l'article L. 522-1 du code du patrimoine. Pour la réalisation des opérations matérielles de fouilles, la SPLA a, après une première procédure restée sans suite, engagé une nouvelle procédure de passation, remportée par l'INRAP qui est devenu titulaire du contrat signé le 10 mars 2017. La société Eveha, candidate évincée, a alors intenté un recours au fond en annulation de ce contrat devant le tribunal administratif de Marseille. Face au rejet de sa demande par jugement du 6 novembre 2018, elle a interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Marseille, laquelle a soulevé d'office le moyen tiré de son incompétence et saisi le Tribunal des conflits afin de savoir si le contrat en cause était un contrat administratif.

Il faut souligner, à ce stade, que cette forme contractuelle particulière fait l'objet d'un encadrement législatif, aux articles L. 523-9 et suivants du code du patrimoine, mais n'est pas expressément qualifiée par ces textes de contrat administratif. De même, la compétence juridictionnelle pour en connaître n'est pas précisée. Dès lors, en l'absence de qualification législative, c'est à une qualification en fonction des critères jurisprudentiels que le juge doit se livrer. En l'espèce, le critère organique était rempli, l'INRAP étant un établissement public administratif par détermination de la loi. C'est donc autour du critère matériel que se posait l'essentiel de la question, à ceci près que la logique organique était en quelque sorte renversée puisque la personne publique était ici en position d'attributaire d'un contrat dont une personne privée était à l'initiative. Cette configuration particulière est, en l'occurrence, gage de clarté. Elle permet d'avoir la confirmation que l'on assiste à un recentrage organique des critères matériels d'identification des contrats administratifs.

Ainsi, après avoir dû constater la réduction du périmètre du critère organique lui-même, à travers l'abandon de l'exception *Société Entreprise Peyrot* (T. confl. 8 juill. 1963, n° 1804, Lebon¹) par la jurisprudence *Rispal* (T. confl. 9 mars 2015, n° 3984, Lebon² ; AJDA 2015. 481³ ; AJDA 2015. 601, tribune G. Clamour⁴ et 1204⁵, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe⁶ ; AJCT 2015. 403, obs. J.-D. Dreyfus⁷ ; RFDA 2015. 265, concl. N. Escaut⁸ et 273, note M. Canedo-Paris⁹ ; RTD com. 2015. 247, chron. G. Orsoni¹⁰) et la mise à mal d'une conception libérale de l'appréciation de la théorie du mandat par les décisions *Port Croisade* (T. confl. 15 oct. 2012, n° 3853, Lebon¹¹ ; AJDA 2012. 1982¹²) et *Commune de Capbreton* (T. confl. 11 déc. 2017, n° 4103, Lebon¹³ ; AJDA 2018. 267¹⁴, chron. S. Roussel et C. Nicolas¹⁵ ; *ibid.* 2017. 2445¹⁶ ; RDI 2018. 122, obs. M. Revert¹⁷ ; AJCT 2018. 223, obs. M.-C. Rouault¹⁸ ; RTD com. 2018. 72, obs. F. Lombard¹⁹), puis la redéfinition de la clause exorbitante en référence à l'intérêt général (T. confl. 13 oct. 2014, n° 3963, *Société Axa France LARD*, Lebon²⁰ ; AJDA 2014. 2031²¹ ; AJDA 2014. 2180²², chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe²³ ; D. 2014. 2115, obs. M.-C. de Montecler²⁴ ; JA 2014, n° 508, p. 9, obs. R.F.²⁵ ; AJCT 2015. 48, obs. A.-S. Juilles²⁶ ; JS 2015, n° 150, p. 9, obs. J. Mondou²⁷ ; RFDA 2014. 1068, concl. F. Desportes²⁸), voilà que nous assistons à la confirmation du confinement organique de cette même clause exorbitante. En effet, et il s'agit là de l'apport essentiel de la décision commentée, ce qui pouvait se déduire de la jurisprudence *AXA France* est confirmé : une telle clause ne pourra emporter administrativité du contrat que dans la mesure où elle est consentie au bénéfice de la personne publique contractante.




La solution ici retenue ne devrait pas, il faut bien l'avouer, recevoir de larges applications. Ce n'est en





effet que parce que le cocontractant de la SPLA est une personne publique que la question du critère matériel se pose. Or, une telle configuration ne constitue pas la majorité du genre, la plupart des contrats conclus à l'initiative des sociétés publiques locales l'étant avec des personnes privées. Dans ce cas, en l'absence de circonstances particulières, le critère organique ne sera pas rempli et la question de l'administrativité ne se posera même pas. Néanmoins, la décision présente un intérêt théorique certain. Elle traduit un certain recul de l'exorbitance comme critère de qualification du contrat administratif puisque, d'une part, le critère du régime exorbitant est totalement oublié par le Tribunal des conflits alors qu'il était présent dans les écritures de l'INRAP et, d'autre part, la clause induisant un régime exorbitant est organiquement confinée. Ceci rend, en apparence, davantage opérant l'objet du contrat qui, en réalité, est lui aussi indirectement conditionné par des considérations en partie organiques.

I - Le critère oublié : le régime exorbitant

Ni la décision ni les conclusions du rapporteur public n'en font état. Pourtant, dans ses écritures, l'INRAP arguait que le contrat était soumis à un régime exorbitant de droit commun et qu'il devait, de ce fait, être regardé comme administratif. En n'y répondant pas, le Tribunal des conflits participe à la déliquescence du critère du régime exorbitant du droit commun. Toutefois, à bien y regarder, de nombreux indices laissent clairement penser qu'un tel contrat est effectivement soumis à un régime extérieur à la volonté des parties qui tend à l'exclure du monde des obligations civiles et commerciales.

Un rappel des origines et de la logique qui commande au régime exorbitant du droit commun comme critère d'identification des contrats administratifs apparaît nécessaire pour procéder à une analyse du contrat dont s'agit. C'est en 1924 que le Conseil d'Etat parvient pour la première fois à la qualification de contrat administratif au regard d'un régime juridique imposé par des textes extérieurs à la volonté des parties, en l'occurrence une loi de 1917 relative aux assurances maritimes de guerre consenties par l'Etat (CE 23 mai 1924, *Société Les affréteurs réunis*, Lebon 498). Dans ses conclusions, R. Rivet esquissait d'ailleurs une définition du régime exorbitant qui ne prospérera pas par la suite. Il affirmait que du fait des dispositions de la loi de 1917, le contrat contenait « le type même de la clause de nature proprement administrative, de la clause que, seules, des considérations pressantes d'intérêt général, étrangères des rapports de particulier à particulier ont pu inspirer » (S. 1926. III. 12). Hélas, dans la jurisprudence postérieure relative au régime exorbitant, cette référence à l'intérêt général ne sera plus évoquée alors qu'elle aurait sans doute utilement pu servir de fondement à une définition rénovée du régime exorbitant, en miroir avec celle de la clause exorbitante.

Si le régime exorbitant a servi dès les années vingt, le mot, lui, comme on le sait, ne vint qu'en 1973 (CE 19 janv. 1973, n° 82338, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Lebon ) et le critère ne cessa de s'analyser « qu'en s'inspirant de considérations analogues à celles qui permettent de déceler une clause exorbitante », c'est-à-dire, à l'époque, comme entraînant l'application dans la relation contractuelle de « règles étrangères aux relations entre personnes privées » (M. Rougevin-Baville, concl. sur CE 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, CJEG 1973. J. 239). Alors que la solution selon laquelle un contrat obéissant à un tel régime est administratif « paraît toute naturelle » (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 568), le critère n'a pas connu la fortune de ses homologues. S'il a pu, un court instant, sembler apte à permettre une qualification de contrat administratif sans que le critère organique ne soit rempli (T. confl. 10 mai 1993, n° 2840, *Société Wannier Isofi isolation et Société Nersa*, Lebon ) et devenir une nouvelle « exception » (F. Lichère, L'évolution du critère organique du contrat administratif, RFDA 2002. 341 ) à ce critère dans la lignée de la jurisprudence *Peyrot*, il n'en fut rien. Bien au contraire, à compter de la décision *Société*

Bioenerg, par laquelle le Conseil d'Etat considère, à propos d'EDF devenue société anonyme, qu'« à supposer que le contrat soit soumis à un régime exorbitant du droit commun, ce qui ne peut résulter des seules conditions relatives à sa passation, cette circonstance serait en tout état de cause sans incidence, s'agissant d'un contrat entre deux personnes privées » (1^{er} juill. 2010, n° 333275, Lebon  ; AJDA 2010. 1341 ), cette thèse a été « clairement condamnée » (F. Brenet, La nature juridique des contrats conclus entre EDF et les producteurs autonomes d'électricité, Dr. adm. 2010, n° 11, p. 28). Souvent annoncé abandonné (J.-C. Ricci et F. Lombard, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, p. 76), le critère n'a depuis lors reçu que des applications marginales (T. confl. 28 mars 2011, n° 3787, *Groupement forestier de Beaume-Haie c/ Office national des forêts*, Lebon  ; AJDA 2011. 714 ) et semble bien être réduit à une « curiosité juridique » (H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2020, p. 133).

Pourtant, l'espèce aurait pu offrir le terrain propice à une qualification du contrat comme administratif au regard de son régime. Il suffit de se référer aux dispositions des articles L. 523-8 et suivants du code du patrimoine qui s'imposent au contrat en dehors de la volonté des parties pour se convaincre que précisément, ce genre de contrat n'a pas seulement rien de commun avec un rapport d'obligations privé, mais supporte tout le poids d'une puissance publique dont la présence est tout entière commandée par des considérations d'intérêt général. Florilège (non exhaustif). Lorsque la personne qui projette les travaux et se trouve contrainte de contracter pour réaliser des opérations de fouilles archéologiques préventives est une personne privée, elle ne peut contrôler ces opérations. C'est l'Etat, qui lui n'est pas partie au contrat, qui assure la maîtrise scientifique de celles-ci. C'est encore l'Etat qui fixe par voie réglementaire le contenu du cahier des charges scientifiques adossé au contrat. C'est toujours l'Etat qui accorde à l'opérateur de fouilles l'agrément pour les réaliser et peut le retirer en cas d'insuffisance. Pour résumer : « L'opérateur exécute les fouilles conformément aux décisions prises et aux prescriptions imposées par l'Etat et sous la surveillance de ses représentants » (C. patr., art. L. 523-9 II).

Et dire que si le contrat n'avait pas été conclu avec l'INRAP, il se serait agi d'un contrat de droit privé. Quelle curiosité qu'une forme contractuelle qui heurte à ce point le sens commun des lois civiles pût échoir à la compétence des juridictions judiciaires. Tout ceci nous amène à une réflexion, peut-être un peu à contre-courant des mouvements jurisprudentiels à l'oeuvre. Sans doute les critères d'identification des contrats administratifs sont-ils demeurés enfermés dans une époque où la conclusion d'un contrat administratif n'était concevable que par une personne publique. La diversification des modes de gestion du service public aurait pourtant pu nous faire davantage relativiser la portée du critère organique et nous faire songer à une recomposition de l'identification jurisprudentielle du contrat administratif.

II - Le critère organiquement contenu : la clause exorbitante

En fait de clause exorbitante, personne publique n'est pas partie publique. Tel est sans doute l'enseignement majeur qu'il faut retenir du cinquième considérant de la décision. En réalité, comme le souligne Anne Berriat dans ses conclusions (nous la remercions par ailleurs pour leur aimable communication), le fait de considérer que « la circonstance que le contrat litigieux, passé entre la SPLA Pays d'Aix territoires et l'INRAP comporte des clauses conférant à la SPLA des prérogatives particulières, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général, n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme administratif, dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique » ne constitue

finalement qu'une interprétation littérale de la définition donnée par la jurisprudence *AXA France*. Pour rappel, cette définition de la clause impliquant l'application d'un régime exorbitant rompait avec la définition négative qui était de mise et dont la formulation la plus répandue était issue de la jurisprudence *Société française de constructions mécaniques* selon laquelle la clause exorbitante était celle « ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (CE, sect., 15 févr. 1935, *Société française de constructions mécaniques*, Lebon 201 ; v., égal., T. confl. 15 nov. 1999, n° 3144, *Commune de Bourisp c/ Commune de Saint-Lary-Soulan*, Lebon 10 ; D. 2000. 43 10 ; RDI 2000. 158, obs. L. Vallée 10). Elle était la suivante : « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». Limiter la portée qualificante d'une telle clause au cas où elle bénéficierait à une personne publique ressort donc littéralement de la jurisprudence *AXA France*.

Oui, mais l'écrasement du contenu et de la finalité de la clause par l'élément organique n'a, semble-t-il, jamais été véritablement pensé. Dans ses conclusions, Anne Berriat semble considérer une telle lecture comme acquise. Toutefois, rien dans les conclusions de Frédéric Desportes sur l'arrêt *AXA France* (Critères du contrat administratif : de la clause exorbitante de droit commun à la clause impliquant un régime exorbitant, RFDA 2014. 1068 10) ne le montre expressément. Certes, ce dernier utilise dans sa définition la locution « personne publique », mais c'est, semble-t-il, davantage dans un automatisme de plume puisqu'il n'en fait pas une condition expresse de reconnaissance d'une clause exorbitante. En effet, le commissaire du gouvernement précise explicitement que la clause induisant l'application d'un régime exorbitant se définit selon « deux conditions ». D'une part, « la nature des droits et obligations prévus par la clause considérée » et, d'autre part, « l'existence d'un but d'intérêt général ». C'est d'ailleurs cet élément qui constitue l'apport essentiel de la jurisprudence *AXA France*, qui rattache ainsi « plus fermement la clause exorbitante aux fondements du droit administratif » (A. Basset, De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun, RD publ. 2015. 869), si bien que les commentaires les plus autorisés de la décision ne font nullement mention d'une quelconque condition organique (v., not., F. Brenet, Nouvelle définition de la clause « exorbitante », Dr. adm. 2015, n° 1, p. 34 ; H. Pauliat, Le critère de la clause exorbitante dans l'identification du contrat administratif : les précisions du Tribunal des conflits, JCP Adm. 2015, n° 3, p. 21 ; G. Eckert, Le Tribunal des conflits précise la notion de clause exorbitante, Rev. CMP 2014, n° 12, p. 11), mais simplement de la consécration de cette « approche finaliste » de la clause exorbitante déjà réclamée par la doctrine antérieure (C. Fardet, La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA 2000. 115).

Sans doute cette limitation de la portée qualificante de la clause exorbitante trouve un support théorique aux racines mêmes de la clause exorbitante : les conclusions de Blum sur l'arrêt *Granits porphyroïdes des Vosges*. On peut en effet y lire que pour qu'un contrat soit administratif, il faut que « par lui-même, et de par sa nature propre, [il] soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer ». L'ennui, c'est que depuis, il a été admis qu'un contrat pouvait être administratif alors même qu'il était conclu entre deux personnes privées, si l'une de ces personnes est mandataire d'une personne publique (CE, sect., 30 janv. 1931, *Société Brossette et fils*, Lebon 123) ou transparente (CE 21 mars 2007, n° 281796 10, *Commune de Boulogne-Billancourt*, Lebon 10 ; AJDA 2007. 915 10, note J.-D. Dreyfus 10 ; D. 2007. 1937 10, note M. Dreifuss 10). Certes, tel n'est pas le cas en l'espèce, la SPLA du Pays d'Aix n'entrant dans aucune des deux hypothèses. Mais ni la décision ni les conclusions du rapporteur public ne permettent de répondre à la question de savoir ce qu'il en aurait été si cela avait été le cas. Dit simplement, la

clause qui reconnaît des prérogatives à la personne privée mandataire d'une personne publique ou transparente dans l'exécution d'un contrat, implique-t-elle, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ?


De jurisprudence pré-*AXA*, la réponse est positive (v., par ex., CAA Nantes, 19 déc. 1996, n° 94NT00532¹, *SEMITAN*). La teneur de l'arrêt commenté permet de douter du maintien de pareille solution. Il semble plutôt que nous assistions à un nouveau « déclin de la clause exorbitante » (J. Lamarque, *Le déclin de la clause exorbitante*, in *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 497) qui se trouve organiquement confinée. Le salut de l'administrativité se trouverait alors dans l'objet du contrat. Ce serait sans compter le caractère incertain de ce critère.

III - Le critère incertain : l'objet du contrat

C'est donc, en l'espèce, au regard du critère de l'objet que le contrat passé entre la SPLA et l'INRAP est qualifié d'administratif. A double raison par ailleurs : d'une part, en portant sur l'exécution même d'une mission de service public, d'autre part, en ayant pour objet la réalisation de travaux publics. Un mot sur l'application, classique en l'espèce, de ces deux sous-critères pour se rendre bien compte que s'ils sont bien le havre de l'administrativité, ils peuvent aussi apparaître comme un refuge fragile.

Le critère des travaux publics est, souvenons-nous, un transfuge de la qualification légale, la jurisprudence l'ayant repris à son compte à la suite de l'« accident [...] de codification » (E. Glaser, *Des travaux effectués par une personne privée, titulaire d'un marché attribué par une autre personne privée, concessionnaire de service public, peuvent-ils être regardés comme des travaux publics ?*, concl. sur CE 7 août 2008, n° 289329², *Société anonyme de gestion des eaux de Paris*, Lebon³; BJCP 2009, n° 62, p. 41) qu'a été l'abrogation par l'ordonnance du 21 avril 2006 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Si le critère est, à première vue, essentiellement objectif et extérieur à la relation contractuelle, il demeure que la nature des parties au contrat exerce une influence décisive sur la qualification de travail public puisque dans les deux définitions qu'en retient la jurisprudence, l'élément organique est primordial. Pour rappel, dans la définition classique, est un travail public celui qui est de nature immobilière et réalisé dans un but d'intérêt général pour le compte d'une personne publique (CE 10 juin 1921, n° 45681, *Commune de Monségur*, Lebon⁴). Selon la définition rénovée, tout travail immobilier réalisé par une personne publique pour la réalisation d'une mission de service public est un travail public (T. confl. 28 mars 1955, n° 1525⁵, *Association syndicale de reconstruction de Toulon c/ Effimieff*, Lebon⁶). On le comprend aisément : lorsque le contrat est le fondement juridique de l'opération de travaux, la présence d'une personne publique comme partie au contrat conditionne la qualification de travaux publics, soit qu'elle en soit bénéficiaire dans un but d'intérêt général, soit qu'elle les réalise dans le cadre d'une mission de service public. Dès lors, la réduction du périmètre de la théorie de la représentation évoquée en introduction réduit corrélativement le champ de la notion de travail public et, partant, celle de contrat administratif. La jurisprudence *Port Croisade* nous avait prévenu, Anne Berriat le rappelle dans ses conclusions : si en l'espèce le contrat n'avait pas été conclu avec l'INRAP mais avec une personne morale de droit privé, les opérations de fouilles n'auraient pas pu être qualifiées de travaux publics, la SPLA ne disposant pas de mandat explicite de la communauté d'agglomération.

Le critère du service public ne fait ici pas de difficulté. L'archéologie préventive est une mission de service public par détermination de la loi, en l'occurrence l'article L. 522-1 du code du patrimoine, et il ne fait pas de doute que le contrat porte directement sur l'exécution même de cette mission.

L'évidence qui transparaît de l'espèce ne doit pas occulter le fait qu'en réalité, le critère du service public est profondément incertain et souffre d'une imprécision à deux niveaux. D'abord, cette imprécision résulte de la notion même de service public, laquelle se trouve effritée par les notions concurrentes d'origine européenne de services d'intérêt général ou de services universels et déconstruite par une approche existentialiste décomplexée au moins depuis que le président Chenot l'a ainsi nommée (B. Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, EDCE, 1950, n° 4, p. 77). Ensuite, elle découle de la contingence de l'intensité du lien qui doit unir le contrat au service public. De « l'exécution même » du service public comme objet à la « participation » à une mission de service public, il existe toute une gamme de forces de lien, naturellement induite de la pluralité des situations contractuelles, et que la jurisprudence traite avec la plus haute casuistique (M. Canedo, Faut-il renoncer au critère de la participation à l'exécution du service public ?, RFDA 2019. 861 ). Il faut bien le dire, ces tâtonnements sont la marque d'une jurisprudence dont la boussole semble dérégulée et qui avance, pied à pied, sans réelle idée de ce que doit être un contrat administratif.

L'espèce est topique. Elle montre que, finalement, rien n'a changé depuis la parution de la 2^e édition du *Traité* d'André de Laubadère en 1983 dans laquelle, avec la complicité de Pierre Delvolvé et Franck Moderne, il avertissait déjà : « le principe - très commode et très clair en lui-même - selon lequel une personne privée ne peut pas conclure un contrat administratif avec une autre personne privée n'est plus toujours en harmonie avec le caractère purement fictif de la qualification "privée" de certains organismes actuels » (A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, préc., p. 262). Les jurisprudences *Rispal* et *Commune de Capbreton* nous en avaient donné un aperçu, la décision commentée le confirme : d'obscures forces bâtissent des murailles pour que le droit administratif ne quitte pas le domaine des personnes publiques alors que, pourtant, les activités administratives visitent depuis longtemps les contrées où demeurent les personnes privées.

Mots clés :

CONTRAT * Contrat administratif * Critères du contrat administratif * Clause exorbitante du droit commun * Exécution d'un service public

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction * Contrat

TRAVAUX ET OUVRAGES PUBLICS * Identification des travaux publics * Définition des travaux publics * Travaux effectués pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'une mission de service public